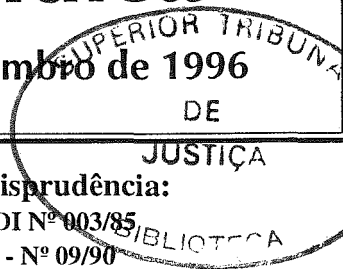


Revista Jurídica

Ano XLIV — Nº 230 — Dezembro de 1996



Repositório Autorizado de Jurisprudência:

- Supremo Tribunal Federal - SDI Nº 003/85
- Superior Tribunal de Justiça - Nº 09/90
- Tribunal Regional Federal 1ª R. - Nº 05/92
- Tribunal Regional Federal 4ª R. - Nº 001

*P
R. Jurid
n.º 230
dez/1996*

FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquei

DIRETORES

Luiz Antônio Coutinho Paixão
Luiz Antonio Duarte Aiquei
Marco Antônio Coutinho Paixão

EDITOR CHEFE

Walter Diab

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Janyr Dall'Agnol Jr. - Araken de Assis
Fábio Luiz Gomes - Ovídio Araújo Baptista da Silva
Sérgio Gilberto Porto

COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover - Adhemar Ferreira Maciel
Alexandre R. Atheniense - Antonio Chaves - Antonio de Pádua Ribeiro
Antônio Vital Ramos de Vasconcelos - Aristóteles Atheniense - Arnoldo Wald
Athos Gusmão Carneiro - Cândido Rangel Dinamarco - Carlos M. S. Velloso
Cláudio Santos - Cristiano Paixão Araújo Pinto - Eli Alves Fortes - Elício de Cresci Sobrinho
Elísio de Assis Costa - Eulámpio Rodrigues Filho - Fenelon Teodoro Reis
Fernando da Costa Tourinho Filho - Francisco de Assis Toledo - Francisco Norival Fraga do Couto
Gelson Amaro de Souza - Geraldo Batista de Siqueira - Geraldo Gonçalves da Costa
Gerson Fischmann - Heráclito A. Mossin - Hugo Nigro Mazzilli - Humberto Theodoro Júnior
Ilmar Galvão - J. Nascimento Franco - Jayme Piterman - José Henrique Pierangeli
Luís Paulo Sirvinskas - Luiz Vicente Cernicchiaro - Negi Calixto - Ney Fayet
Orlando de Assis Correa - Osmar Brina Correa Lima - Paulo Cesar Salomão - Paulo Cesar Scanavez
Paulo Roberto S. da Costa Leite - Pedro dos Santos Barcelos - Raimundo Gomes da Cruz
S.O. Castro Filho - Sálvio de Figueiredo Teixeira - Sérgio Resende - Sydney Sanches
Theotônio Negrão - Tupinambá Miguel Castro do Nascimento - Voltaire Marensi
Wagner Guerreiro - Washington de Barros Monteiro - Washington Epaminondas Barra

CONSULTORES

Área Cível: Consultoria Interna
Área Criminal: Dr. José Francisco Oliosi da Silveira

CONCUBINATO

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Professor da Universidade de Brasília

O Código Penal define como circunstância agravante ser o crime praticado contra “ascendente, descendente, irmão ou cônjuge” (art. 61, II, *e*). Os conceitos jurídicos são válidos para todo o Direito; conservam o mesmo significado, salvo se uma área dogmática reelaborá-lo, quando, então, nesse setor, terá sentido diferente.

O Código definiu, para o Direito Penal, vários institutos: funcionário público, estrada de ferro, documento público e outros. Alguns expressa; outros, implicitamente.

Cônjuge é instituto originário do Direito Civil; indica pessoa unida a outra pelo casamento. O Código Penal empregou-o, como também o fez com outros que lhe são próximos: marido, casamento, filho, bigamia, casado, pai adotivo, padrasto, tutor, curador.

Em 1969, apresentei tese de doutoramento na Universidade de Brasília. Tema: “Conceito de Cônjuge no Código Penal” (Banca Examinadora: ROBERTO LYRA FILHO (Orientador), PEDRO ALEIXO (Universidade de Minas Gerais) e ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (Universidade da Bahia), todos de saudosa memória). A conclusão era de, na lei penal, “cônjuge” compreender também a “companheira”.

Impunha-se, insistia, com veemência, ao fazer a interpretação do texto legislativo, considerar a transformação cultural que, àquela época, não era a mesma da data de início de vigência do Código, ou seja, 1942.

A título de argumentação, devidamente fundamentada, a jurisprudência do TJSP, então, indeferia liminarmente ação proposta pela companheira que, desfeita a união extramatrimonial, desejasse perceber parte do patrimônio que auxiliara a formar, conforme a força de sua colaboração. O argumento central era o de que o CPC (anterior), no art. 2º, exigia ao autor evidenciar legítimo interesse econômico, ou moral. Como, acrescentava, o concubinato é imoral, havia a impossibilidade jurídica do pedido.

Posteriormente, à data do trabalho acadêmico, outra era a visão do Judiciário. O STF expedira Súmula reconhecendo a legitimidade da partilha.

Impunha-se, por isso, invocando a concepção moderna do Direito Penal, autônomo e originário, considerar que seus institutos não são dependentes de outras áreas. Convivem, é certo; contudo, havia profunda distinção, no particular, com o Direito Civil. Este conferia importância fundamental à família legítima (intolerante com os filhos adulterinos e incestuosos; os filhos naturais eram recebidos com alguma tolerância). O Direito Penal, ao contrário, por seus princípios e finalidades, vê a família como instituição. Não tratava a companheira como a “outra”, nem “escondia” os filhos fora do casamento. Interessava a família, repita-se, como instituição, bem diferente da família herdada do Direito Humano, destinada a manter (senão aumentar) o *status* social, político e o patrimônio.

O Código Penal, ao ser mais severo com o agente de crime contra cônjuge, diferente do Direito Civil, não tem por escopo preservar um instituto (casamento); vai além, preocupa-se com a família (sem distinguir a origem). Interessa, isso sim, o núcleo social, cujos integrantes devem respeito mútuo. Em termos de reprovabilidade, basta consultar as normas de cultura, censura-se mais intensamente o marido que agride a mulher do que o agente, do mesmo crime, todavia, sem esse vínculo com a vítima. No primeiro caso, há dever de fidelidade, de respeito, que pode ser dispensado no segundo. Constituem, por isso, fatos com circunstâncias diferentes.

A sanção penal é síntese, projeção de todas as características (objetivas e subjetivas) do fato delituoso. O juiz precisa ter sensibilidade para apreender todos os pormenores.

Como, na espécie, a medida imediata é da conduta do agente, sendo da própria natureza fidelidade às pessoas com quem se convive, conclusão lógica, irrespondível, normativamente, a esposa e a companheira colocam-se no mesmo nível.

Os princípios projetam-se antes das leis (deles decorrem). Malgrado a predominante interpretação literal!

Àquele tempo, a Constituição dispunha que a família decorria do casamento; hoje, ao contrário, o Estado reconhece a união estável entre homem e mulher como “entidade familiar” (art. 226, § 3º).

A recente L. 9.278, de 10.05.96, conceitua como tal “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1º).

Agora, a conclusão tida, talvez, por muitos, ousada, *lege ferenda*, tornou-se *lege lata*. Certamente, ninguém mais deixará de identificar, materialmente, esposa e companheira para os efeitos do art. 61, II, *e*, do CP!